# O raciocínio probatório entre a prova livre e a prova legal: um modelo de normatização do juízo de fato por *standards*, regras de segunda ordem, critérios e diretrizes

## *Evidential reasoning between free proof and legal proof: a model for regulating fact-finding through standards, second-order rules, criteria, and guidelines*

**Gisela Aguiar Wanderley**[1]

Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, Brasil

gisela.aguiarw@gmail.com

http://lattes.cnpq.br/6289663500945324

https://orcid.org/0000-0002-1875-7656

**Resumo:** Em um sistema processual alinhado à concepção racionalista da prova, o juízo de fato pode ser normatizado? Guiado por essa questão-problema, este artigo examina a possibilidade de adoção de um sistema intermediário entre os sistemas de prova livre (*free proof*) e de prova legal (*legal proof*). Diante do ideal de conferir maior segurança jurídica ao juízo de fato sem engessar o raciocínio judicial diante do caso concreto, apresenta-se a normatização do juízo de fato como uma decisão estratégica (decisão de segunda ordem, conforme Sunstein e Ullmann-Margalit), cujos efeitos devem ser sopesados à luz dos objetivos visados. Propõe-se uma sistematização das proposições normativas aplicáveis ao juízo de fato em quatro espécies (*standards* probatórios, regras probatórias de segunda ordem, critérios de valo-

[1] Doutoranda em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Bases del Razonamiento Probatorio pela Universitat de Girona (UdG). Graduada em Direito pela UnB. Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Ex-Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Ex-Juíza auxiliar temporária no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Professora Assistente na Escola Paulista da Magistratura (EPM).

ração e diretrizes de valoração), as quais operam em contextos probatórios diversos, cumprem funções distintas e podem ser formalizadas em dispositivos legais ou em teses jurisprudenciais. Por fim, apresentam-se exemplos e um quadro-síntese das quatro espécies. Espera-se, com a sistematização proposta, contribuir para a racionalidade e a segurança jurídica do juízo de fato sem resultar na tarifação da prova.

**Palavras-chave:** concepção racionalista da prova; raciocínio probatório; juízo de fato; *standards* probatórios; regras probatórias de segunda ordem.

**Abstract:** *Is fact-finding susceptible to normative regulation within a procedural system aligned with the rationalist tradition of evidence? Guided by this question, this article examines the possibility of adopting an intermediate system between a free proof system and a legal proof system. In view of the ideal of affording greater legal certainty to fact-finding without constraining judicial reasoning in light of each case, the formulation of norms on fact-finding is presented as a strategic decision (a second-order decision, following Sunstein and Ullmann-Margalit), whose effects must be weighed in light of the aims pursued. A systematization of the normative propositions applicable to fact-finding into four types is then proposed (standards of proof, second-order proof rules, evidence evaluation criteria, and evidence evaluation guidelines), which operate in different evidentiary contexts and perform distinct functions. Finally, examples and a summary chart of the four types are presented. It is hoped that the proposed systematization will contribute to the rationality and legal certainty of fact-finding without resulting in a system of fixed evidentiary weights.*

**Keywords:** *rationalist tradition of evidence; evidential legal reasoning; fact-finding; standards of proof; second-order proof rules.*

**Sumário:** Introdução; 1. A concepção racionalista da prova e o sistema de livre valoração; 2. A normatização do juízo de fato como decisão de segunda ordem; 2.1. A normatização do juízo de fato nos distintos contextos probatórios; 2.2. Normas aplicáveis no contexto da decisão; 2.2.1. Standards probatórios; 2.2.2. Regras probatórias de segunda ordem; 2.3. Normas aplicáveis no contexto da valoração; 2.3.1. Critérios de valoração probatória; 2.3.2. Diretrizes de valoração probatória; 3. Exemplos didáticos; 4. Quadro-síntese; Conclusões; Referências.

## Introdução

"A liberdade é a liberdade de dizer que dois e dois são quatro. Admitindo-se isto, tudo o mais decorre"[2]. Esse icônico axioma da literatura ficcional condensa a importância da liberdade intelectual – de pensamento e manifestação – em uma sociedade livre. Onde houver dever de manifestação de "verdades" pré-determinadas, sem correspondência com o conhecimento do sujeito, haverá uma forma de violência.

A consagração da liberdade intelectual como um dos pilares do Estado de Direito dá suporte à consolidação do modelo do livre convencimento judicial e, mais precisamente, do modelo de livre valoração da prova (*free proof*), em contraposição ao modelo da prova legal (*legal proof* ou *regulated proof*). A justiça da decisão depende da afirmação da verdade, ao passo que a justa afirmação da verdade – o *veredicto* – depende da liberdade de apreciação da prova pelo sujeito julgador. O acertamento judicial dos fatos – o juízo de fato (*fact-finding*) – deve resultar de uma operação de raciocínio cognoscitivo, e não de uma obra de poder. Rejeitam-se, pois, as "verdades" desprovidas de vínculo cognoscitivo e racional com a realidade.

A liberdade de raciocínio do sujeito julgador deve ser compatibilizada, porém, com os princípios fundamentais da segurança jurídica e de isonomia na aplicação do direito, que impõem que casos semelhantes recebam decisões semelhantes. A positivação do direito e a consolidação do sistema de precedentes respondem a tais exigências e evocam o questionamento: é possível que o juízo de fato seja objeto de normas legais e teses jurisprudenciais que lhe confiram maior segurança e isonomia, sem implicar retorno ao irracional modelo da prova legal?

No âmbito da concepção racionalista da prova, essa questão vem ganhando relevo em razão da notável evolução da teorização dos *standards* probatórios, que são uma espécie de norma aplicável ao juízo de fato – mais precisamente, à decisão sobre a suficiência da prova para considerar dado enunciado fático como provado. Todavia, os *standards* probatórios ainda deixam ampla margem ao sujeito julgador para sua

[2] ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005, p. 82.

aplicação no caso concreto e, consequentemente, deixam margem para outras formas de normatização do juízo de fato.

Diante desse contexto, este artigo examina o cabimento e os limites da normatização do juízo de fato em um sistema racionalista, pautado pela liberdade intelectual do sujeito julgador e pela controlabilidade intersubjetiva dos veredictos. A saber, examinam-se as condições de possibilidade de normas que, de um lado, sejam aptas a conferir maior segurança jurídica (cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade) ao juízo de fato e, de outro, não suprimam a liberdade de raciocínio e valoração da prova pelo órgão julgador. Avaliam-se, pois, quais tipos de norma podem ser aplicadas ao juízo de fato em um sistema intermediário entre os tipos-ideais da prova livre e da prova legal, a partir de uma organização sistemática de espécies normativas já admitidas pela jurisprudência[3] e doutrina, ainda que de modo implícito e assistemático.

Para tanto, o artigo apresenta um estudo teórico-dogmático, baseado em análise bibliográfica e jurisprudencial, de perspectiva descritivo-sistemática e prescritiva. Nesse marco, (i) aborda o cabimento e os limites da normatização como estratégia de segunda ordem para orientar e padronizar a decisão sobre a prova dos fatos em um modelo racionalista, bem como (ii) sistematiza as proposições normativas aplicáveis ao juízo de fato (*standards*, regras de segunda ordem, critérios de valoração e diretrizes de valoração), mediante indicação dos contextos em que são aplicáveis e dos riscos da sua formulação ou aplicação indevida.

## 1. A concepção racionalista da prova e o sistema de livre valoração

A concepção racionalista da prova tem como núcleos essenciais o reconhecimento da busca da verdade como fim preferencial da prova

[3] Para um exame específico da aplicação das espécies normativas sistematizadas neste artigo por meio do sistema de precedentes brasileiro, cf. WANDERLEY, Gisela Aguiar. O raciocínio probatório no sistema de precedentes: juízo de fato em teses? *Em*: GUEDES, Clarissa Diniz *et al* (Org.). *Direito Probatório: estudos em homenagem ao professor Gustavo Badaró*. Londrina: Thoth, 2025. v. IV, p. 529–552.

judicial e a classificação da justificação probatória como uma espécie de justificação epistêmica[4]. Esse modelo, notadamente se associado a uma concepção epistemológica objetivista ou cognoscitivista crítica[5], visa à minimização do risco de erro de fato, embora reconheça que a sua eliminação total é impossível. Trata-se de concepção que se opõe à concepção persuasiva (ou retórica) da prova. Esta, por sua vez, concebe a prova como um instrumento para a obtenção do convencimento judicial, mas deixa de fornecer critérios – seja ao próprio órgão julgador, seja às partes, seja a terceiros – para identificar o acerto desse convencimento[6].

---

[4] Sobre o núcleo essencial do conceito e suas variações, cf. ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos "racionalistas" ahora? *Revus [Online]*, v. 39, p. 85–102, 2019. Cf., ainda, na tradição continental e anglo-americana: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 1992; FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: Juspodivm, 2021a; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos no direito: bases argumentativas da prova*. Salvador: Juspodivm, 2022; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio Facti: ensaios sobre prova, causalidade e ação*. Salvador: Juspodivm, 2024; TWINING, William. *Rethinking evidence: exploratory essays*. Oxford: Basil Blackwell, 1990; Evidence and legal theory. *The Modern Law Review*, v. 47, n. 3, p. 261–283, 1984; BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Paris: Bossange Frères, 1825; *Rationale of Judicial Evidence: Specifically applied to English Practice*. Londres: Hunt and Clarke, 1827; ANDERSON, Terrence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005; HAACK, Susan. *Evidence and inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology*. New York: Prometheus Books, 2009; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

[5] Sobre o tema, cf. GASCÓN ABELLÁN, 2022; GONZÁLEZ LAGIER, 2024.

[6] "Simplificando também nesse ponto um panorama que é muito mais complicado, pode-se dizer que há duas concepções principais da prova: a que a considera uma ferramenta de persuasão e a que define, portanto, sua função como retórica; e a que vê a prova como uma ferramenta de conhecimento e, por isso, dá relevo à sua função epistêmica. A primeira concepção situa-se fora de toda perspectiva racional, já que leva em conta apenas a função persuasiva da prova: no entanto, a persuasão retórica é um fenômeno que se coloca unicamente no plano dos fatos psicológicos (Fulano está ou não convencido de que a Terra é plana e de que o Sol gira em torno dela), e desconsidera completamente a racionalidade dos argumentos que sustentam ou contrariam a crença de um sujeito" (TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. *Em*: TARUFFO, Michele; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; PÉREZ, Alfonso Candau (Org.). *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 30-31, tradução livre).

As teses fundamentais da concepção racionalista da prova levam a um compromisso com a forma racional de determinação dos fatos e com a adoção de um modelo de livre valoração da prova. Esse modelo é caracterizado pela vinculação do juízo a critérios de racionalidade epistêmica geral, e não a critérios normativos previamente fixados pelo legislador (oposição ao modelo de prova legal)[7].

Há, portanto, conexão entre a concepção racionalista da prova e o assim chamado modelo do livre convencimento judicial, correlato ao modelo de livre valoração da prova[8] (*freie Beweiswürdigung* no direito alemão[9]), em que a discricionariedade é justificada pela racionalidade[10]. Reconhece-se que "a liberdade [do juiz] de empregar sua própria razão no momento de valorar as provas é condição indispensável para comprovar a verdade dos fatos"[11], pois "o convencimento do juiz é tanto mais racional quanto mais se funda sobre uma avaliação crítica aprofundada e exaustiva das provas"[12].

A despeito desse ideal regulativo, é disseminada a crítica ao "uso degenerativo"[13] e à "corrupção da regra do livre convencimento"[14],

---

7 ACCATINO, 2019.

8 "O problema é muito simples em seus termos teóricos: a técnica da prova legal consiste na produção de regras que pré-determinam, de forma geral e abstrata, o valor que se deve atribuir a cada tipo de prova. Em contraste, o princípio oposto, da prova livre ou da livre convicção, pressupõe a ausência dessas regras e implica que a eficácia de cada prova para a determinação do fato seja estabelecida caso a caso, seguindo critérios não determinados, discricionários e flexíveis, baseados essencialmente nos pressupostos da razão" (TARUFFO, 1992, p. 387, tradução livre).

9 TARUFFO, 2009, p. 22.

10 Em um nível geral, a classificação é binária, embora o sistema da livre apreciação admita subclassificações, notadamente a convicção íntima e a persuasão racional (*sana crítica*), que se caracteriza "por sujeitar o juiz à prova dos autos, mas admite que ele a submeta a uma análise crítica" (BURNIER JÚNIOR, João Penido. *Teoria geral da prova*. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 281).

11 TARUFFO, 2009, p. 23.

12 TARUFFO, Michele. Libero convencimento dei giudice. *Em*: ENCICLOPEDIA GIURIDICA TRECCANI. Roma: Trecani, 1990. v. XVIII, p. 6, tradução livre.

13 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 1992, p. 398, tradução livre.

14 AMODIO, Ennio. Prove legali, legalità probatoria e politica processuale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 17, n. 2, p. 373–376, 1974, p. 375,

que é denunciada por Ferrajoli como "uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais"[15].

Com efeito, o sistema de livre convencimento – e de prova livre – se degenera em arbítrio, voluntarismo e autoritarismo quando não vem acompanhado pela exigência de critérios racionais de valoração da prova. A convicção passa a se confundir com uma "intuição irracional"[16] e assume conotação potestativa. Assim, é preciso reconhecer que "é na reconstrução ou elaboração dos fatos onde o juiz é mais soberano; mais dificilmente controlável, e onde, portanto, pode ser — como foi e em não poucas ocasiões segue sendo — mais arbitrário"[17].

Diante do risco de degeneração exposto, deve-se conceber o "livre convencimento" como um princípio negativo, que proíbe a tarifação legal e *a priori* do valor das provas. O abandono do sistema de prova legal deixa, portanto, um vazio, que não deve ser potestativamente preenchido pela convicção do juiz, mas sim integrado por critérios metodológicos de comprovação racional dos enunciados fáticos. Em síntese: "a fórmula da livre convicção não encerra, mas abre o problema da identificação das condições probatórias que justificam a convicção"[18].

Assim, sob a concepção racionalista, as condições que justificam o juízo de fato correspondem aos critérios de racionalidade epistêmica

---

tradução livre.

15 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 133. Embora Taruffo (1990, 1992, 2009) e Ferrajoli (2014) tratem criticamente do modelo do livre convencimento, partem de concepções distintas de verdade: Ferrajoli aceita a concepção de verdade como correspondência, mas reproduz a divisão entre verdade material e verdade processual, que é rechaçada por Taruffo, para quem a verdade é una. Para didática exposição sobre as principais ideias e distinções entre os autores, cf. MITIDIERO, Daniel. *Best evidence e ônus da prova: quando uma prova é melhor que a outra?* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2026.

16 TARUFFO, 1992, p. 398, tradução livre.

17 IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre a motivação dos fatos na sentença penal. *Em*: Valoração da prova e sentença penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 61–119, p. 67.

18 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 135.

geral[19]. A valoração probatória deve ser *livre* (desprovida de vínculos legais que pré-determinem o valor de cada prova) tão somente para que possa ser *racional:* "a liberdade outorgada ao juiz não pode redundar no desrespeito às *regras* do bem pensar"[20].

Nesse modelo, a rigor, o órgão julgador não tem exatamente liberdade de convencimento, mas liberdade de raciocínio. A conclusão do juízo de fato (a que corresponderia o convencimento no modelo persuasivo) deve ser motivada por critérios epistêmicos racionais, e não por critérios subjetivistas e potestativos, impassíveis de controle intersubjetivo. O órgão julgador está livre da lei, mas não de regras de metodologia racional para apuração dos fatos, sem as quais há perigo de arbítrio[21].

Em um movimento de superação de um otimismo racionalista cego e ingênuo diante do funcionamento real do sistema de justiça, reconhece-se então que o processo judicial deve ser um ambiente institucional de integridade epistêmica e que as normas processuais devem contribuir para esse ideal. O processo deve promover a qualidade do raciocínio probatório, observadas as suas limitações. Não interessa acertar a verdade por acaso, mas por razões discursivamente justificadas e intersubjetivamente controláveis[22].

Diante dessa problemática, no âmbito da concepção racionalista da prova, há desacordo quanto à possibilidade de fixação de proposições normativas que veiculem critérios de racionalidade aplicáveis ao juízo de fato em um sistema de livre valoração da prova. Há indefinição sobre a possibilidade de normatização do raciocínio probatório para a fixação de critérios epistêmicos obrigatórios a serem observados na justificação das decisões judiciais, pois não há consenso sobre se essa estratégia faria com que o juízo de fato perdesse a sua natureza *livre* ou mesmo a sua natureza *racional*.

---

19 TARUFFO, 1990, p. 2.

20 KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, n. 353, p. 15–52, 2001, p. 51.

21 TARUFFO, 1990, p. 2.

22 LEE, Eunseol. The pursuit of truth and the justification in legal fact-finding: a comparative analysis of Bentham, Laudan, and Damaška. *Quaestio Facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio / International Journal on Evidential Legal Reasoning*, Madrid, n. 10, p. 157–185, 2025.

Uma primeira corrente se inclina no sentido da impossibilidade de fixação de proposições normativas, de qualquer natureza, ao raciocínio probatório. Propugna-se a rejeição a qualquer norma que vincule o órgão julgador nos contextos de valoração da prova e de decisão quanto à suficiência probatória. Assim, os critérios de racionalidade da decisão deveriam ser sempre escolhidos, interpretados e aplicados casuisticamente pelo órgão julgador, sem submissão a prescrições normativas abstratas e gerais, ainda que estas possam simplificar e padronizar os julgamentos[23]. Nesse sentido:

> A razão disso é a vontade manifesta de simplificar, de seguir pautas fixas de atuação que poupem trabalho a juízes sobrecarregados de processos. Mas que, ao fim e ao cabo, retiram a espontaneidade e relaxam o livre critério do juiz, confiante no seguimento desses parâmetros. Isso não torna o procedimento inquisitivo, mas reduz o papel do juiz a um automatismo que era o que tinham os juízes no juízo oral no sistema inquisitivo. Além disso, produz a busca obsessiva de elementos que sustentem somente esses parâmetros, deixando à margem outros aspectos da realidade que podem ser

[23] A aversão à formulação de normas sobre a prova remonta ao pensamento benthamiano (BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Paris: Bossange Frères, 1825. v. 2, p. 206). Mais recentemente nesse sentido, a manifestação de Luigi Ferrajoli no Congresso Internacional "*La verità nel processo penale*" (Roma-Bologna, 18 a 22 de janeiro de 2024): "*Standard* probatório é, em minha opinião, uma noção inconsistente: quer se entenda tais padrões como *padrões objetivos*, ou seja, retirados da livre apreciação do juiz, ou como *padrões em abstrato*, ou seja, independentes da singularidade do caso. Em todos os casos, são padrões dotados de um *valor probatório vinculante*, cuja adoção equivale a uma regressão ao sistema de provas legais" (FERRAJOLI, Luigi. *Sobre a crise da legalidade penal e das ciências penalísticas*, 2024. Tradução disponível em: https://conjur.com.br/2024-dez-02/sobre-a-crise-da-legalidade-penal-e-das-ciencias-penalisticas/. As ideias foram reiteradas mais recentemente em nova apresentação: FERRAJOLI, Luigi. *De la evidencia y los llamados estándares probatorios* (Apresentação), 2026. https://www.youtube.com/watch?v=_0UzNu1gczk. Nessa mesma linha, Jordi Nieva Fenoll aponta que a estipulação de *standards* ou critérios de valoração "na realidade desenha critérios que fazem com que essa valoração já não seja tão livre" e, se aplicados de modo excessivamente estrito, podem converter a valoração "em algo praticamente tarifado" (NIEVA FENOLL, Jordi. La instrucción como falsa "primera instancia" del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo. *Revista Italo-Española de Derecho Procesal*, Madrid, v. 1, p. 39–56, 2019, p. 51, tradução livre).

> relevantes, exatamente igual a como antigamente se perseguia a obtenção da confissão ou das duas testemunhas conformes. Julgar não é nenhum automatismo, mas uma missão complexa que dificilmente pode ser simplificada, visto que a realidade também é complexa.[24]

Uma segunda corrente admite que a liberdade de cognição judicial seja restrita pela fixação de *standards* probatórios, que são normas que fixam o grau mínimo de probabilidade ou suporte para que um enunciado fático possa ser considerado provado em determinada decisão judicial[25].

Em aprofundamento dessa proposta, uma terceira corrente admite outras espécies de proposições normativas aplicáveis ao juízo de fato, consistentes em regras, critérios e diretrizes de valoração e decisão sobre a prova[26]. A rigor, na jurisprudência e na doutrina, já se encontram – ainda que de modo implícito e assistemático – algumas propostas de espécies normativas aplicáveis ao juízo de fato que não se resumem aos *standards* probatórios.

Neste artigo, promove-se então um esforço de sistematização e organização de espécies normativas já ventiladas na jurisprudência e na doutrina. Aponta-se que, além dos *standards* probatórios, um sistema racional também pode comportar outras três espécies normativas: regras probatórias de segunda ordem (*second-order proof rules*), critérios de valoração probatória e diretrizes de valoração probatória. É necessário, todavia, diferenciar tais espécies e identificar quando o uso de cada uma é adequado.

Com efeito, caso admitida, a fixação de proposições normativas ao juízo de fato deve ser promovida com parcimônia, a fim de não implicar

---

[24] NIEVA FENOLL, 2019, p. 51, tradução livre. No mesmo sentido: NIEVA FENOLL, Jordi. Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *Estudios de Derecho*, v. 77, n. 170, p. 117–148, 2020.

[25] "Os *standards* de prova são normas que determinam o grau de confirmação que uma hipótese deve ter, a partir das provas, para poder ser considerada provada a fim de ser adotada em dada decisão" (FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021b, p. 24, tradução livre).

[26] STEIN, Alex. Contra la "prueba libre". *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. 26, n. 2, p. 245–261, 2013.

a tarifação e o engessamento do raciocínio probatório. A normatização do juízo de fato só se justifica, em um sistema racionalista, na medida em que promova a *redução* do risco de erro, ou, ainda, a *correta distribuição* do risco residual de erro entre as partes, sem *aumentar* o risco de erro. Logo, são necessárias prudência e cautela a fim de evitar a formulação irrefletida e a aplicação rígida de normas, de modo a obstar a ponderação analítica de peculiaridades relevantes do caso (sobreaplicação ou subaplicação das normas). A limitação do raciocínio judicial por normas excessivas ou mal formuladas, que dificultem ou desvirtuem o exame das provas em cada caso, geraria o aumento do risco de erro e, portanto, a *irracionalidade* do juízo de fato, na contramão do ideal visado.

## 2. A normatização do juízo de fato como decisão de segunda ordem

A decisão quanto à normatização do juízo de fato é uma decisão de segunda ordem (*second-order decision*). Ao refletir sobre o processo de tomada de decisão, Sunstein e Ullmann-Margalit conceituam a decisão de segunda ordem como uma decisão sobre o uso de uma *estratégia* apropriada para reduzir problemas (custos e riscos de erro) relacionados à tomada de uma decisão de primeira ordem. As estratégias de segunda ordem visam a facilitar e simplificar a atividade decisória final, de modo a reduzir os custos de uma decisão final e definitiva sobre uma determinada questão. Sem tais estratégias, essa decisão precisaria ser tomada pelo agente por meio de um ato único e exauriente (decisão *on-the-shot*)[27].

Sunstein e Ullmann-Margalit apresentam um rol tendencialmente taxativo de espécies de estratégias de segunda ordem, não excludentes entre si: (i) regras, (ii) presunções, (iii) *standards*, (iv) delegação, (v) fracionamento da decisão em "pequenos passos", (vi) escolha aleatória e (vii) heurísticas[28]. A escolha por uma estratégia em detrimento de outra difere na medida em que elas produzem erros e ônus decisórios distintos. Logo, uma estratégia deve ser escolhida conforme sua aptidão

[27] SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-order decisions. *Ethics*, v. 110, n. 1, p. 5–31, 1999.

[28] Ibid, 1999, p. 8-11.

para (1) reduzir os custos gerais da decisão e (2) regular a quantidade, intensidade e natureza dos erros produzidos[29].

As estratégias são classificadas em três categorias pelos autores, de acordo com a repartição dos custos da decisão: as estratégias podem implicar custos altos (*high costs*) ou custos baixos (*low costs*), que, por sua vez, podem se concentrar no momento da tomada da decisão de segunda ordem (a estratégia inicial) ou no momento da tomada da decisão de primeira ordem (a decisão final). Daí as categorias: estratégias de tipo *high-low*, *low-high* e *low-low*.

As estratégias de segunda ordem são de tipo *high-low* quando implicam, inicialmente, custos altos para a tomada da decisão de segunda ordem e, em contrapartida, custos baixos para a decisão final, que é simplificada por aquela. Nessa categoria os autores enquadram a fixação de regras, presunções e *standards* (espécies de proposições normativas). Inversamente, as estratégias são de tipo *low-high*, quando envolvem uma decisão de segunda ordem de baixos custos e uma decisão final de alto custo. Nessa categoria os autores enquadram a delegação da decisão. Além disso, as estratégias são de tipo *low-low*, quando envolvem custos iniciais baixos e custos finais também baixos. São enquadradas nessa categoria as estratégias de escolha aleatória, por fracionamento da decisão em pequenos passos ou por heurísticas[30].

A decisão quanto à fixação de normas sobre o raciocínio probatório pode ser então compreendida como uma decisão de segunda ordem diante do problema dos custos e riscos de erro da decisão judicial sobre a prova dos fatos nos casos concretos submetidos à jurisdição (decisão de primeira ordem). A fixação de uma norma aplicável ao raciocínio probatório é,

---

[29] Ibid, 1999, p. 7.

[30] Os autores pontuam que a decisão pode implicar uma repartição de custos *high-high,* quando envolvem custos iniciais altos e custos finais também altos. Isso ocorreria em casos ficcionais ou excepcionais em que se admite um custo elevado de decisão ou, ainda, em processos decisórios e governos altamente disfuncionais. A rigor, nesses casos, não há uma estratégia de redução de custos, pois se abdica da redução dos custos, que são altos em todos os momentos do processo decisório. Essa opção só faria sentido em "circunstâncias extremas", quando se concluir que o alto custo da decisão é em si um valor ou bem a ser perseguido (por exemplo, por razões morais). Daí porque a classificação é tripartite, e não quadripartite.

ademais, uma estratégia de segunda ordem do tipo *high-low*. A fixação de uma boa norma pressupõe muito esforço cognitivo. É necessário identificar se é adequada a fixação de uma norma, definir qual espécie de norma deve ser adotada (na tipologia dos autores, regras, *standards* ou presunções), e, ainda, formular adequadamente o conteúdo da proposição normativa (dispositivo legal, tese jurisprudencial – fontes formais do direito – ou mesmo proposição doutrinária – fonte informal do direito).

Para definir se a estratégia é adequada, é necessário mensurar os benefícios diante dos custos de formulação/aplicação da norma e dos riscos dos erros decorrentes de eventual aplicação equivocada da norma aos casos concretos (sobreaplicação ou subaplicação da norma). Para definir o tipo de norma adequado e formular o seu conteúdo, é necessário ponderar a sua estrutura e conteúdo (grau de precisão e determinação do consequente), o contexto em que ela será aplicada (quantidade e variabilidade das situações analisadas, capacidade institucional do decisor, entre outras), bem como as interpretações que ela pode receber de seus aplicadores. Assim, essa estratégia deve ser adotada somente quando o elevado esforço cognitivo inicial for compensado pelo aprimoramento e simplificação da decisão final.

A distinção dos momentos dos custos para a elaboração da norma e para a aplicação da norma (custos *ex* ante e *ex post*) e dos riscos de erro na aplicação da norma à luz da sua justificativa é crucial para a distinção tradicional entre regras e *standards* no direito anglo-americano. Os *standards* são caracterizados por maior grau de generalidade e indeterminação, em oposição às regras[31], de modo que, "em comparação

[31] "O direito dispõe de uma caixa de ferramentas com vários instrumentos. Os juristas costumam comparar *standards* ("não dirija em velocidade excessiva") a regras ("não ultrapasse 60 milhas por hora"), sendo que as regras são tidas como rígidas e categóricas e os *standards* como abertos" (SUNSTEIN, Cass R. Problems with rules. *California Law Review*, v. 83, 1995, p. 959, tradução livre). A distinção teórica se aproxima, mas não se confunde com aquela entre regras e princípios. Esta, conquanto controvertida, é ancorada na distinção de estrutura lógico-normativa e de modos de aplicação (subsunção ou ponderação), ao passo que aquela trata apenas da alocação temporal dos custos institucionais da decisão (*ex ante* ou *ex post*). Sobre o tema, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2019; SILVA, Virgílio

Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23–50, 2002; Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, p. 607–630, 2003; TEODOROVICZ, Jeferson. A Problemática da Tipologia de Princípios e Regras no Ordenamento Jurídico Positivo. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 1, p. 1–31, 2007p. 607\\uc0\\u8211{}630, 2003. ; TEODOROVICZ, Jeferson. A Problem\\uc0\\u225{}tica da Tipologia de Princ\\uc0\\u237{}pios e Regras no Ordenamento Jur\\uc0\\u237{}dico Positivo. Curitiba, v. 1, p. 1\\uc0\\u8211{}31, 2007. “,”plainCitation”:”ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. ; DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010. ; ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2019. ; SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, v. 798, p. 23–50, 2002. ; Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, p. 607–630, 2003. ; TEODOROVICZ, Jeferson. A Problemática da Tipologia de Princípios e Regras no Ordenamento Jurídico Positivo. Curitiba, v. 1, p. 1–31, 2007. “,”dontUpdate”:true,”noteIndex”:31},”citationItems”:[{“id”:1675,”uris”:[“http://zotero.org/users/2376368/items/CS6G2EBS”],”itemData”:{“id”:1675,”type”:”book”,”publisher”:”Malheiros”,”publisher-place”:”São Paulo”,”title”:”Teoria dos direitos fundamentais”,”author”:[{“family”:”Alexy”,”given”:”Robert”}],”issued”:{“date-parts”:[[“2008”]]}}},{“id”:1144,”uris”:[“http://zotero.org/users/2376368/items/82XRBBSB”],”itemData”:{“id”:1144,”type”:”book”,”publisher”:”Martins Fontes”,”publisher-place”:”São Paulo”,”title”:”Levando os direitos a sério”,”author”:[{“family”:”Dworkin”,”given”:”Ronald”}],”issued”:{“date-parts”:[[“2010”]]}}},{“id”:1522,”uris”:[“http://zotero.org/users/2376368/items/TYBWS2YC”],”itemData”:{“id”:1522,”type”:”book”,”publisher”:”Malheiros”,”publisher-place”:”São Paulo”,”title”:”Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”,”author”:[{“family”:”Ávila”,”given”:”Humberto”}],”issued”:{“date-parts”:[[“2019”]]}}},{“id”:1524,”uris”:[“http://zotero.org/users/2376368/items/QNVAY778”],”itemData”:{“id”:1524,”type”:”article-journal”,”container-title”:”Revista dos Tribunais”,”page”:”23-50”,”title”:”O proporcional e o razoável”,”volume”:”798”,”author”:[{“family”:”Silva”,”given”:”VirgílioAfonso”,”dropping-particle”:”da”}],”issued”:{“date-parts”:[[“2002”]]}}},{“id”:1518,”uris”:[“http://zotero.org/users/2376368/items/I5B76NUI”],”itemData”:{“id”:1518,”type”:”article-journal”,”container-title”:”Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais”,”page”:”607-630”,”title”:”Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”,”author”:[{“family”:”Silva”,”given”:”Virgílio Afonso”,”dropping-particle”:”da”}],”issued”:{“date-parts”:[[“2003”]]}}},{“id”:1520,”uris”:[“http://zotero.org/users/2376368/items/D8MADNJ7”],”itemData”:{“id”:1520,”type”:”article-journal”,”page”:”1-31”,”publisher-place”:”Curitiba”,”title”:”A Problemática da Tipologia de Princípios e Regras no Ordenamento Jurídico Positivo”,”volume”:”1”,”author”:[{“family”:”Teodorovicz”,”given”:”Jeferson”}],”issued”:{“date-parts”:[[“2007”]]}}}],”schema”:”https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”} .

com as regras, os *standards* e as presunções 'soft' servem para reduzir os ônus da decisão *ex ante*, ao mesmo tempo em que aumentam esses ônus no momento da decisão"[32].

Todavia, a classificação de uma norma como regra ou *standard* não é binária, mas gradual: as regras são um modelo ideal de normas que vinculam o conteúdo da decisão diante de determinados fatos, ao passo que os *standards* são um modelo ideal que tende a remeter o conteúdo da decisão a um princípio ou política subjacente (com maior discricionariedade para o julgador). Assim, uma norma pode se aproximar mais ou menos de um desses tipos ideais[33]. Ademais, a paulatina e progressiva interpretação das regras (que, embora mais precisas, mantêm sempre algum grau de textura aberta) pode torná-las mais flexíveis, ao passo que o acúmulo de precedentes sobre a aplicação dos *standards* – com a fixação de teses-regra de segunda ordem, conforme argumentado a seguir – pode torná-los mais rígidos, o que contribui para dissolver, na prática, a distinção existente no plano ideal[34].

### 2.1. A normatização do juízo de fato nos distintos contextos probatórios

A normatização do juízo de fato pode, em tese, dar-se em qualquer dos momentos da sequência probatória (contextos probatórios). A despeito da multiplicidade de classificações, pode-se considerar que a atividade probatória no processo penal se subdivide em cinco contextos: (i) investigação, (ii) instrução, (iii) valoração, (iv) decisão e (v) justificação, conforme classificação proposta por Badaró[35]. Para clarificação das premissas que nortearão a exposição a seguir, passa-se a breve síntese de tais contextos.

---

[32] SUNSTEIN; ULLMANN-MARGALIT, 1999, p. 22, tradução livre.

[33] SULLIVAN, Kathleen M. The justices of rules and standards. *Harvard Law Review*, v. 106, n. 1, p. 22-123, 1992, p. 58-59.

[34] Nessa linha: SCHAUER, Frederick. The convergence of rules and standards. *New Zealand Law Review*, v. 3, p. 303–328, 2003; CASEY, Anthony; NIBLETT, Anthony. The Death of Rules and Standards. *Indiana Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 1401–1447, 2017.

[35] BADARÓ, 2023. Para outras classificações, cf. FERRER BELTRÁN, 2021a; UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè, 2021.

No contexto da investigação, diante da notícia de ocorrência de um fato aparentemente criminoso e de um conjunto de elementos de informação relacionados a esse fato, formulam-se hipóteses explicativas dos elementos obtidos e busca-se obter novos elementos de informação que visem à corroboração e à eliminação dessas hipóteses, a partir de raciocínio eminentemente abdutivo.

No contexto da instrução, após a formulação de uma hipótese acusatória e a oportunização da formulação de uma hipótese alternativa defensiva, propõem-se, admitem-se e produzem-se elementos de prova, em contraditório, diante da sua relevância para confirmar ou refutar essas hipóteses.

No contexto da valoração, após o encerramento da instrução, caberá ao órgão julgador, após manifestação das partes, verificar se as provas produzidas confirmam ou refutam as hipóteses formuladas pelas partes, a fim de definir qual é a hipótese mais provável com base nas provas incorporadas ao processo, a partir de raciocínio eminentemente indutivo.

No contexto da decisão, caberá ao órgão julgador verificar se o resultado da valoração probatória permite afirmar (concluir) que a hipótese mais provável está suficientemente provada, de modo a ser adotada como premissa menor da decisão judicial (justificação interna, na terminologia de Wróblewski).

No contexto da justificação, por fim, exteriorizam-se as razões da decisão, por meio de argumentação justificativa composta pelas inferências que fundamentam racionalmente a conclusão da valoração probatória (afirmação da hipótese mais provável) e a conclusão da decisão final do juízo de fato (afirmação da suficiência ou não da prova para considerar a hipótese mais provável como provada e adotá-la como premissa menor da decisão judicial).

Nos tópicos a seguir, argumenta-se que as proposições normativas aplicáveis ao raciocínio probatório podem ser aplicadas, em especial, no contexto da decisão ou no contexto da valoração. No contexto da decisão, podem ser empregados *standards* probatórios e regras probatórias de segunda ordem. No contexto da valoração, por sua vez, podem ser empregados critérios de valoração e diretrizes de valoração probatória.

## 2.2. Normas aplicáveis no contexto da decisão

### 2.2.1. *Standards* probatórios

Os *standards* probatórios operam no contexto da decisão, ao delimitar um patamar mínimo de prova necessário para considerar um enunciado fático como provado[36]. De acordo com Ferrer Beltrán, os *standards* probatórios cumprem três funções no ordenamento jurídico, que decorrem dos fundamentos para a sua fixação: (i) fornecimento de critérios de justificação para a decisão (função epistemológica ou heurística); (ii) fornecimento de critérios de controle da decisão (função garantista) e (iii) distribuição do risco de erro entre as partes (função política)[37].

Em uma perspectiva interna ao processo, primeiramente, o *standard* probatório serve para orientar a decisão do julgador de primeiro grau[38], ao servir de premissa para a verificação da suficiência da prova produzida para considerar uma hipótese fática como provada. Sucessivamente, o *standard* serve também de premissa para orientar a impugnação da de-

---

[36] Quanto ao tema, o direito continental e latino-americano recebe notável influência do desenvolvimento do tema no direito anglo-americano, em que se destacam os *standards* da preponderância da prova, da prova clara e convincente e da prova além da dúvida razoável, entre outros. Sobre o tema, cf. ANDERSON; SCHUM; TWINING, 2005, p. 234-245; REDMAYNE, Mike. Standards of Proof in Civil Litigation. *The Modern Law Review*, v. 62, n. 2, p. 167–195, 1999; CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. A Comparative View of Standards of Proof. *The American Journal of Comparative Law*, v. 50, n. 2, p. 243–275, 2002. Para abordagem crítica da última obra, cf. TARUFFO, Michele. Rethinking the Standards of Proof. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 3, p. 659–677, 2003.

[37] FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 109-115.

[38] O *standard* orienta não só o contexto da decisão, mas também os contextos da admissão e da produção da prova, já que pode servir para definir, por exemplo, se uma prova requerida é supérflua e, consequentemente, inadmissível. Embora os *standards* sejam graus de probabilidade (ou de suporte, convencimento, a depender do modelo adotado), não servem para definir o grau de probabilidade de uma hipótese. Os *standards* definem o grau de probabilidade necessário para que a hipótese seja considerada provada, mas o que determina o grau de probabilidade da hipótese é o resultado da valoração das provas, em etapa anterior da sequência probatória. Uma vez obtido o grau de probabilidade da hipótese (contexto da valoração), verifica-se se esse grau atinge o *standard* (contexto da decisão).

cisão pela parte prejudicada e o controle intersubjetivo da racionalidade da decisão no julgamento quanto à impugnação apresentada.

Em uma perspectiva externa ao processo, o *standard* serve para distribuir o risco de erro judicial entre as partes: um *standard* muito baixo aumenta o risco de falsos positivos (enunciado considerado provado, embora falso) e um *standard* muito alto aumenta o risco de falsos negativos (enunciado considerado não provado, embora verdadeiro)[39]. Daí porque a fixação do *standard* pressupõe uma opção político-valorativa decorrente das vantagens e desvantagens associadas ao erro (e ao acerto)[40].

Sem um *standard* probatório, o juízo de fato caberia exclusivamente ao órgão julgador no momento da decisão, por meio de uma avaliação individualizada de cada caso concreto, sem nenhum parâmetro normativo a orientar a decisão quanto à suficiência probatória (decisão *on-the-shot*)[41].

---

[39] Sobre o tema, cf. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, p. 127–139, 2005. Para uma tipologia dos erros judiciais por classes (defeitos de justificação, infração de regras processuais ou vulneração de direitos fundamentais) e tipos de juízos (falsidades, decisões fora do marco e injustiças), cf. CARBONELL BELLOLLIO, Flavia. Los errores del juez: presupuestos y tipologías. *Em*: GARCÍA AMADO ET AL, Juan Antonio (Org.). *El error judicial: problemas y regulaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

[40] Daí a relevância da pergunta feita por Schauer: "De qual standard probatório precisamos é uma função da pergunta 'Para quê?'". A pergunta leva à conclusão de que "o problema normativo não é apenas sobre prova. É sobre o conflito de valores substantivos, um conflito travado fora do campo probatório e processual." (SCHAUER, Frederick. *A prova: usos da prova no direito, na política e em todo o resto*. São Paulo: Juspodivm, 2024a, p. 301 e 90).

[41] A ausência de um *standard* normativamente fixado implica um elevado grau de complexidade e discricionariedade para o julgador, já que ele próprio precisaria formular o *standard* ou decidir sem a formulação de um *standard*: cada caso poderia ser examinado a partir de um *standard* casuisticamente determinado e não explicitado. Correlatamente, a ausência de um *standard* também eleva o grau de dificuldade da atividade das partes, já que precisariam orientar seu comportamento e suas estratégias processuais sem ter ciência quanto ao *standard* probatório a ser adotado. A própria impugnação da decisão (atividade recursal) teria maior grau de complexidade, pois seria necessário formular, a cada caso, a crítica individualizada ao *standard* adotado naquele caso (que poderia até mesmo nem estar explícito e, portanto, precisaria ser inferido da motivação fática da decisão, nem sempre suficiente para tanto). Sobre o tema, cf. FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 22-28. Assim, vale o alerta: "O que está em jogo é algo mais amplo e fundamental do que

A necessidade de fixação do *standard* em cada caso concreto violaria, portanto, os três ideais vinculados ao "sobreprincípio" da segurança jurídica: a cognoscibilidade (possibilidade de compreensão da norma, em uma dimensão estática), a confiabilidade (a estabilidade, em uma dimensão dinâmica) e a calculabilidade (a previsibilidade, também em uma dimensão dinâmica), as quais, em última instância, visam a tutelar a respeitabilidade do ser humano[42]. Além disso, esse cenário implicaria um alto risco de decisões conflitantes, com critérios distintos adotados para casos similares, pelo mesmo órgão julgador ou por órgãos julgadores distintos. Assim, a violação à segurança jurídica produziria também ofensa à isonomia. Daí porque "é preciso estipular legislativamente, com a maior clareza possível, qual é o grau de prova exigido pelo *standard* probatório que deve ser utilizado em cada caso para a tomada de decisão"[43].

Idealmente, os *standards* probatórios devem ser exteriorizados pela legislação, ou, subsidiariamente, pela jurisprudência ou pela doutrina. Os *standards* não servem para minimizar o risco de erro, mas para distribuir o risco de erro entre as partes[44], orientar a decisão e padronizar

---

a previsibilidade ou a certeza para as partes em um processo. É o próprio Estado de Direito, pois nenhuma regra de direito material ou atribuição do ônus da prova a ela relacionada tem significado sério se o *standard* de suficiência da prova estiver inteiramente sob a discricionariedade do julgador dos fatos" (NANCE, Dale A. *The Burdens of Proof: discriminatory power, weight of evidence, and tenacity of belief*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 28, tradução livre).

42 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 306-316.

43 KIRCHER, Luís Felipe. *Standards de prova no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2024, p. 172. Os *standards* podem conter critérios objetivos ou subjetivos. Deve haver adequação entre os *standards* probatórios e a função atribuída à prova no processo. Se adotada uma concepção persuasiva da prova, cuja função é a de produzir o convencimento (captura psíquica) do juiz, o *standard* deve ser formulado em termos de graus de convencimento subjetivo (crença). Se adotada uma concepção racionalista da prova, cuja função é a de fornecer confirmação racional à conclusão do juízo de fato, o *standard* deve ser formulado em termos de graus de probabilidade, corroboração ou suporte da hipótese. Nessa linha, Ferrer Beltrán (2021b) propõe um escalonamento de *standards*, com critérios relacionados à prova produzida e à probabilidade (indutiva) da hipótese.

44 LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

um referencial comum para o juízo de fato, de modo a lhe conferir maior segurança jurídica[45].

A rigor, os *standards* não interferem diretamente sobre a valoração probatória, pois operam no contexto da decisão. Assim, o contexto da valoração da prova continua submetido à liberdade de raciocínio judicial. No entanto, no contexto da decisão, para que um fato seja considerado provado, o *standard* previamente estipulado deve ser atingido. A conclusão final positiva do raciocínio probatório – no sentido da comprovação suficiente do enunciado fático – está condicionada ao atingimento do *standard* probatório. Não há condicionantes, porém, ao caminho (o *iter* racional) a ser percorrido para justificar essa conclusão. Daí porque se entende que os *standards* não implicam regresso ao sistema de prova legal, pois não tarifam ou pré-determinam o valor das provas[46].

Na doutrina brasileira, há numerosas formulações doutrinárias de *standards* aplicáveis a sentenças e decisões proferidas no procedimento cognitivo. Em suas manifestações mais comuns, os *standards* são formulados em caráter geral e abstrato, sem variação de acordo com o objeto do processo, mas sim com a natureza (em regra, cível ou penal) e com a fase do processo. Formulam-se, por exemplo, *standards* distintos para a sentença condenatória penal, para a sentença de procedência cível,

---

[45] A importância da formulação de *standards* como requisito de previsibilidade das decisões judiciais foi reconhecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos nos seguintes termos: "*Standards of proof, like other 'procedural due process rules[,] are shaped by the risk of error inherent in the truth-finding process as applied to the generality of cases, not the rare exceptions.' Since the litigants and the factfinder must know at the outset of a given proceeding how the risk of error will be allocated, the standard of proof necessarily must be calibrated in advance*." (Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, 344 (1976)).

[46] Para uma posição cética quanto à estratégia de fixação de standards probatórios, cf. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Presunción de inocencia, verdad y objetividad. La argumentación jurídica en el Estado Constitucional, p. 337–376, 2017; DEI VECCHI, Diego. La importancia de lo que nos preocupa tener por probado. Em: Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio. Lima: Zela, 2020. Mesmo autores céticos destacam que os *standards* têm a virtude de sinalizar o tipo de razões adequadas para a justificação da decisão sobre os fatos (Dei Vecchi, 2020, p. 231) e de enfatizar a importância do raciocínio judicial (Nieva Fenoll, 2020, p. 144).

para as decisões de concessão de tutela provisória, decretação da prisão cautelar, pronúncia, recebimento da denúncia, entre outras[47].

Os *standards* assim formulados contribuem para reduzir a margem de subjetividade do órgão julgador quanto ao juízo de fato – de modo a transformar uma discricionariedade forte em uma discricionariedade fraca[48]. Assim, a opção pela fixação de *standards* para orientar a decisão sobre a suficiência da prova é justificada pelos critérios de Sunstein e Ullmann-Margalit: há um esforço cognitivo elevado para a sua formulação, mas tal esforço é compensado pela simplificação e uniformização da atividade dos sujeitos processuais nos numerosos processos em que são aplicados.

Em relação ao conteúdo dos *standards* probatórios, a sua classificação como *standards* (e não como regras) decorre da sua formulação, em regra, com maior grau de generalidade e abertura, com a fixação de diretrizes "gerais e flexíveis"[49]. Como é impossível prever todas as nuances dos casos concretos, é inviável que a decisão quanto à suficiência probatória seja feita por regras rígidas, precisas e determinadas (o que levaria a um regime de prova legal ou tarifada, que reduz o espaço de valoração racional da prova, já que o resultado seria pré-determinado por fatores anteriores à valoração)[50]. Por isso, a partir da tipologia traçada por Sunstein e Ullmann-Margalit, os *standards* probatórios formulados

---

47 Exemplificativamente: PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2021; KNIJNIK, 2001; BADARÓ, 2023; KIRCHER, 2024; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, 2020. https://doi.org/10.1590/2317-6172201961; ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no processo penal*. São Paulo: Juspodivm, 2025.

48 Dicotomia desenvolvida em DWORKIN, 2010. Essa é a posição de FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 240.

49 TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 135.

50 Não é impossível, em tese, que a decisão sobre a suficiência da prova seja governada por regras, e não por *standards*, mas isso implicaria risco mais elevado de tarifação da prova e teria difícil compatibilidade com o sistema de livre valoração. Em posição crítica, Dei Vecchi (2020) destaca, ademais, que, como os critérios de valoração são graduais e não quantificáveis, a justificação epistêmica da suficiência da prova também é sempre gradual, de modo que os *standards* servem para explicitar a natureza das razões que devem governar a decisão, mas não para suprimir a discricionariedade valorativa do sujeito julgador.

com maior grau de generalidade e abertura são uma estratégia normativa intermediária, que incrementa a previsibilidade do juízo de fato, mas preserva a possibilidade de valoração racional das provas produzidas em cada caso pelo sujeito julgador, sem pré-determinar o resultado probatório em razão de fatores *ex ante*.

Como consequência disso, a despeito do potencial dos *standards* probatórios para conferir maior segurança jurídica ao juízo de fato, ainda resta grande margem de discricionariedade para a sua aplicação pelo órgão julgador diante do caso concreto. Resulta daí que o órgão julgador tem liberdade para atribuir valor aos elementos probatórios casuísticos de cada caso concreto, mas, em contrapartida, casos dotados de similitude fática podem receber soluções distintas quanto ao juízo de fato, ainda que examinados com base no mesmo *standard*. Tal característica não é positiva ou negativa por si só, mas deve ser sopesada por ocasião da formulação e aplicação do *standard* e por ocasião da análise da conveniência de adoção de outras formas complementares de normatização do juízo de fato.

### 2.2.2. Regras probatórias de segunda ordem

Os *standards* probatórios, como visto, ainda podem preservar ampla margem de juízo em sua aplicação aos casos concretos, com risco de alta insegurança e instabilidade do juízo de fato, com decisões discrepantes para questões idênticas ou semelhantes.

Diante disso, pode-se manter a liberdade de verificação do atingimento do *standard* com o órgão julgador, ou, ainda, pode-se adotar uma de duas estratégias possíveis para reduzir a discricionariedade judicial: (i) reformular os *standards* para reduzir sua margem de indeterminação e generalidade, o que implica aumentar a quantidade de *standards* probatórios e reduzir as hipóteses de incidência de cada *standard*, substituindo-os por *regras* de suficiência probatória ou ao menos aproximando-os de regras (alteração da estratégia de segunda ordem adotada), ou (ii) manter a margem de indeterminação e generalidade dos *standards* probatórios e formular regras que orientem a aplicação dos *standards* gerais em algumas situações-tipo (adoção de uma estratégia de terceira ordem).

A primeira estratégia – (re)formulação de *standards*, com a estipulação de hipóteses de incidência e de critérios mais precisos – pode

ser feita em atenção às especificidades do objeto do processo, e não apenas de acordo com a natureza e fase do processo. Assim, aumenta-se a quantidade de *standards,* mas se diminui o grau de indeterminação de cada *standard* por meio da inclusão de critérios objetivos mais precisos. Nesse sentido, podem ser mencionadas as (controvertidas) propostas de *standards* probatórios específicos para a condenação por crimes contra a dignidade sexual ou contra a Administração Pública, em substituição a um *standard* geral único aplicável a toda sentença penal (por qualquer crime)[51].

A segunda estratégia – formulação de regras que orientem a aplicação dos *standards* em algumas situações-tipo específicas – consiste na formulação de regras probatórias de segunda ordem (*second-order proof rules*), que são regras que descrevem situações probatórias específicas que são consideradas suficientes ou insuficientes para o atingimento de um *standard* previamente estabelecido.

Nessa linha de raciocínio, Michael S. Pardo[52] propõe que, diante de problemas relacionados à aplicação de uma norma de primeira ordem (*first-order rule*), é analogamente possível a formulação de uma norma de segunda ordem (*second-order rule*), voltada a orientar a aplicação da norma de primeira ordem e, com isso, reduzir referidos problemas.

A classificação das regras proposta por Pardo é inspirada pela distinção teórica desenvolvida por Sunstein e Ullmann-Margalit e, ademais, aproxima-se da classificação de Jerzy Wróblewski para as diretrizes interpretativas, que as subdivide em diretrizes de primeiro grau e de

---

[51] Nesse sentido, cf. FERRER BELTRÁN, 2021b. Para uma análise crítica, cf. PEIXOTO, Ravi. Critérios para a fixação dos standards probatórios: um diálogo com Jordi Ferrer Beltrán. *Em*: VÁZQUEZ, Carmen; PAULA RAMOS, Vitor de (Org.). *Debatendo com Ferrer: Standards de Prova e Subjetivismo em Xeque*. Londrina: Thoth, 2024. p. 79–90;"title":"Critérios para a fixação dos standards probatórios: um diálogo com Jordi Ferrer Beltrán","author":[{"family":"Peixoto","given":"Ravi"}],"editor":[{"family":"Vázquez","given":"Carmen"},{"family":"Paula Ramos","given":"Vitor","dropping-particle":"de"}],"issued":{"date-parts":[["2024"]]}}],"schema":"https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"} VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, 2020.

[52] PARDO, Michael S. Second-order proof rules. *Florida Law Review*, v. 61, p. 1083–1113, 2009.

segundo grau[53]. As diretrizes interpretativas de primeiro grau orientam a determinação do sentido de uma norma jurídica de acordo com seus contextos fundamentais (linguagem, sistema jurídico e contexto funcional). As diretrizes interpretativas de segundo grau, por sua vez, orientam o uso das diretrizes de primeiro grau, seja em relação à sequência e às condições da sua aplicação (diretrizes procedimentais), seja em relação a um sentido preferencial entre sentidos atribuíveis à norma (diretrizes preferenciais).

A partir dessa conceituação, pode-se conceber que, no âmbito do direito probatório, as regras probatórias de segunda ordem (*second-order proof rules*) são regras que visam a orientar a aplicação dos *standards* probatórios (normas probatórias de primeira ordem). Os *standards* probatórios, como visto, são normas que visam a simplificar e uniformizar a decisão judicial sobre a prova dos fatos: são normas probatórias de primeira ordem. Daí porque as regras que visam a regular a aplicação dos próprios *standards* seriam normas probatórias de segunda ordem[54].

---

[53] WRÓBLEWSKI, Jerzy. Justification of legal decisions. *Revue Internationale de Philosophie*, v. 33, n. 127/128, p. 277–293, 1979.

[54] Os standards, como visto, são então estratégias de segunda ordem. Por isso, as regras probatórias que orientam a aplicação dos *standards* são, a rigor, estratégias de *terceira* ordem em relação à decisão judicial sobre a prova dos fatos e estratégias de segunda ordem em relação à decisão sobre o atingimento do *standard* probatório. É dizer, no plano normativo, tais regras são de segunda ordem (em relação aos *standards*) e, no plano decisório, são estratégias de terceira ordem. No ponto, Pardo (2009., p. 1.084) faz uma observação intrigante: a decisão de resolver um problema associado à decisão de primeira ordem por meio da fixação de uma regra consiste em uma decisão de segunda ordem. Assim, a decisão de resolver um problema da decisão sobre a suficiência probatória por meio da fixação de uma regra de *standard* probatório é uma decisão de segunda ordem. Por sua vez, diante dos problemas relacionados à aplicação do *standard* probatório, há uma decisão de terceira ordem, que consiste na fixação de uma regra probatória de segunda ordem para guiar a decisão sobre a aplicação do *standard*. Assim, haveria a possibilidade de formulação de decisões (e regras) de terceira, quarta, quinta ordens (*n-order rules*), e assim sucessivamente, conforme cada uma dessas decisões (e regras) gere novos problemas a serem enfrentados. Isso, porém, não deve levar a um regresso ao infinito (como alertado por Dei Vecchi, 2020, p. 225), pois haverá um ponto em que será necessário decidir de acordo com os elementos casuísticos do caso concreto.

Nesse sentido, Ferrer Beltrán[55] pondera que as regras probatórias de segunda ordem são "regras que especificam a regra geral para situações concretas, aportando critérios para a sua aplicação", e consistem em uma estratégia apropriada para resolver controvérsias interpretativas sobre aspectos marginais ou sobre a indeterminação da decisão a ser proferida frente a alguns casos. Tais regras, portanto, reduzem a discricionariedade judicial (reduzem a "zona de penumbra") na aplicação do *standard* probatório, mas, ainda assim, sempre comportarão margem de interpretação: nenhuma formulação de regra elimina por completo o espaço de apreciação do sujeito julgador[56].

Ao abordar o trabalho de Michael S. Pardo, Ferrer Beltrán[57] traduz a expressão *second-order proof rules* como "estándares de prueba de segundo orden" (é dizer, *standards* de prova de segunda ordem). No entanto, para evitar ambiguidades ou confusões, vale observar que as regras probatórias de segunda ordem não consistem em (novos) *standards* probatórios. O *standard* probatório, como visto, é uma norma que fixa o grau de probabilidade necessário para que uma hipótese seja considerada provada. A regra probatória de segunda ordem não consiste em um novo *standard* probatório, pois ela não fixa um novo grau de probabilidade exigido para que uma hipótese seja considerada provada. A regra de segunda ordem apenas determina se esse grau de probabilidade previamente fixado no *standard* foi atingido diante de uma situação-tipo previamente

---

[55] FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 239. O autor pondera, ainda, que os exemplos que Michael Pardo fornece para as regras de segunda ordem equivalem, em verdade, à formulação de *standards* probatórios, com a diferença de que eles são redigidos com termos explanatórios mais precisos e objetivos em substituição aos critérios subjetivos consolidados no direito americano. De todo modo, a distinção conceitual apresentada por Pardo pode ser substancialmente aproveitada, a despeito da inadequação dos exemplos fornecidos e da rejeição das formulações teóricas a eles vinculadas.

[56] Sobre o debate sobre a interpretação das regras, cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009; HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2019; SCHAUER, Frederick. *As regras do jogo: uma análise filosófica do processo de tomada de decisão baseado em regras no direito e na vida*. Londrina: Thoth, 2024b.

[57] FERRER BELTRÁN, 2021b, p. 239.

delimitada. Trata-se de norma que especifica ou densifica o *standard* probatório diante de uma hipótese de incidência menos genérica. A regra probatória de segunda ordem resulta então da densificação de um *standard* que atingiu "maturidade epistêmica"[58] diante da sua aplicação reiterada a determinada situação-tipo.

As regras probatórias de segunda ordem são, portanto, regras cuja finalidade é a de orientar a aplicação do *standard probatório* (norma de primeira ordem) diante de uma situação probatória específica. Como as regras de segunda ordem têm por referencial o *standard* probatório, também incidem no contexto da decisão.

Exemplificativamente, uma regra cujo conteúdo seja "a colaboração premiada isolada não é suficiente para a condenação penal" (similarmente ao que dispõe o art. 4º, § 16, da Lei n. 12.850/2013) é uma regra probatória de segunda ordem: essa norma não fixa o grau de probabilidade necessário para a condenação, mas sim especifica que a colaboração premiada, isoladamente, não atinge esse grau (regra de corroboração)[59]. Trata-se de uma norma com alto grau de precisão e determinação, que não deixa margem para conclusão em sentido diverso pelo órgão julgador, o que permite qualificá-la como *regra*, e não como *standard*. Ademais, essa regra não é um novo *standard* probatório, mas sim uma regra que orienta a aplicação do *standard* probatório necessário para a condenação penal em determinada situação-tipo (prova decorrente de colaboração premiada sem elementos de corroboração).

Quanto às regras que dispensam a prova de determinados enunciados fáticos (*v.g.* enunciados fáticos notórios, incontroversos ou presumidos, na forma do art. 374 do CPC), a rigor, são regras que excepcionam a exigência do *standard* em relação a determinado enunciado fático, em

---

[58] PARDO, 2009, p. 1.107.

[59] Outros exemplos de regras probatórias de segunda ordem podem ser extraídos da legislação processual penal brasileira, tais como: o *caput* do art. 155 do CPP (que veda a condenação exclusivamente com base nos elementos informativos colhidos na investigação, salvo as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas), o art. 155, parágrafo único, do CPP (que condiciona a prova do estado civil às restrições estipuladas na lei civil) e o art. 158 do CPP (que condiciona a prova do crime não transeunte à prova pericial, salvo desaparecimento dos vestígios).

vez de especificar as condições de seu atingimento em determinada situação-tipo. Logo, essas normas não têm natureza de regras de segunda ordem em relação aos *standards*. Assim como os *standards*, as regras que dispensam a comprovação de determinados fatos podem ser consideradas normas probatórias de primeira ordem (*first-order proof rules*).

Em suma: o *standard* probatório é uma norma que fixa um grau de probabilidade a ser atingido, ao passo que a regra probatória de segunda ordem não altera, nem excepciona esse grau de probabilidade, mas apenas determina se esse grau já previamente fixado no *standard* deve ser considerado atingido em uma situação-tipo (hipótese de incidência menos genérica que a do *standard*). As normas devem ser aplicadas em caráter sucessivo: primeiro, define-se a norma de primeira ordem aplicável e, depois, verifica-se se há alguma norma de segunda ordem que orienta o modo de aplicação da norma de primeira ordem naquele caso.

Quanto ao cabimento e adequação da formulação de tais regras, vale notar que, de todas as espécies normativas ora apresentadas, essa é a que contém maior risco de sobreaplicação ou subaplicação[60] e, portanto, de condução a julgamentos irracionais, com divergência entre o conhecimento de um julgador razoável e a conclusão determinada pela norma. Trata-se de espécie normativa ideal apenas para hipóteses de incidência bem delimitadas, já reiteradamente examinadas (com "maturidade epistêmica" pré-existente) e diante de elevada necessidade de maior grau de estabilidade e previsibilidade das decisões correlatas. Sua formulação deve, pois, considerar o risco de erro decorrente da aplicação rígida da regra, que pode acabar obstaculizando uma conclusão racional e fundamentada em razão de peculiaridades fáticas do caso não antevistas pelo formulador da regra.

Além disso, é necessário advertir que, a despeito da distinção conceitual (deôntica) acima exposta, o conteúdo de uma regra de segunda ordem concretamente formulada pode e deve ser criticamente avaliado à luz de sua adequação ao *standard* ao qual ela se refere. A distinção conceitual não impede que, na criação e aplicação concreta do direito, o conteúdo de uma regra originalmente concebida e justificada como regra de segunda ordem (é dizer, com *aparência de* regra de segunda ordem)

[60] SCHAUER, 2024b.

sirva, por vias transversas, para modificar o *standard* que ela deveria apenas especificar.

O conteúdo de uma regra de segunda ordem pode, com efeito, ser inadequado diante do *standard* ao qual ela se refere, por implicar exigência de grau de probabilidade superior ou inferior ao previsto no *standard*, Se essa inadequação se verificar, então essa regra constituirá, a rigor, um novo *standard*, *dissimulado* como regra de segunda ordem.

Por exemplo, uma regra de conteúdo "a palavra da vítima é suficiente para a condenação penal" pode ser originalmente concebida e justificada como uma regra de segunda ordem, destinada a especificar o *standard p*ara a condenação. No entanto, se o *standard* para a condenação é de elevadíssima probabilidade, então essa regra pode ser avaliada como inadequada (incompatível) com tal *standard*, por implicar uma exigência de grau de probabilidade inferior ao exigido no *standard*. Se a regra de segunda ordem é incompatível com o *standard*, então ela não especifica, mas modifica o *standard* (no exemplo, rebaixa-o). Trata-se, pois, de regra de segunda ordem aparente (simulada), que veicula, a rigor, um novo *standard* probatório (dissimulado). Logo, a regra de segunda ordem deve ser avaliada à luz do *standard* a que ela se refere.

## 2.3. Normas aplicáveis no contexto da valoração

### 2.3.1. Critérios de valoração probatória

A valoração probatória em um modelo racional pode ser esquematizada a partir do modelo de inferência proposto na lógica informal de Stephen Toulmin[61], na linha do que propõem González Lagier[62] e Badaró[63].

Segundo esse esquema, um argumento (ou inferência) pode ser desdobrado, em um primeiro plano, em três elementos básicos: os

---

[61] TOULMIN, Stephen E. *The Uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

[62] GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y argumentos: racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal – 2. *Jueces para la democracia*, v. 47, p. 35–50, 2003.

[63] BADARÓ, 2023.

dados (D – dados ou *data*: informações sobre o caso), a conclusão ou alegação (C – conclusão, alegação ou *claim*: proposição fática a provar) e a justificativa ou garantia (J – justificativa, garantia ou *warrant*: afirmação geral – regra de inferência – que expressa uma regularidade e permite passar dos dados à conclusão: D à C). Em uma representação abreviada:




A partir dessa estrutura inferencial, González Lagier propõe que a valoração probatória observe "pautas de racionalidade epistemológica", é dizer, critérios de aferição da solidez da inferência probatória, que são por ele classificados em três categorias, cada uma delas relacionada a um dos elementos básicos da inferência de Toulmin: (i) critérios sobre as provas; (ii) critérios sobre a regra geral que correlaciona as provas e a hipótese; e (iii) critérios sobre a hipótese a provar.

Para González Lagier, os critérios são: (i) em relação às provas, a fiabilidade, a quantidade, a variedade e a pertinência das provas; (ii) em relação à justificativa, o seu fundamento cognoscitivo e o grau de probabilidade expresso na justificativa; (iii) e, em relação à hipótese a provar, a sua não refutação (direta ou indireta), a confirmação das hipóteses dela derivadas (predições[64]), a eliminação das hipóteses alternativas compatíveis com as provas, a coerência narrativa e a simplicidade[65].

---

[64] Terminologia de FERRER BELTRÁN, 2021a, apoiado na terminologia empregada por POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2004. Para Ferrer Beltrán (2021a, p. 180-198), o esquema da valoração probatória é composto pela hipótese, pelas condições iniciais, pelas suposições auxiliares (premissas) e pelas predições (conclusões) e tem por objetivo a eliminação de hipóteses (esquema de corroboração popperiano).

[65] GONZÁLEZ LAGIER, 2003, p. 41-42. Para uma explanação sobre tais critérios, cf. KIRCHER, 2024, p. 198-238 e ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 282, p. 113–139, 2018.

De modo similar, Badaró[66] propõe que a valoração probatória observe critérios classificados em duas categorias: (i) critérios sobre as provas e (ii) critérios sobre a regra de inferência[67]. Os critérios então seriam: (i) em relação às provas, a qualidade, a quantidade, a diversidade e a completude da prova; (ii) em relação à regra de inferência, o fundamento da regra (lei científica, norma técnica, máxima de experiência) e o grau de probabilidade que ela expressa. Tais critérios, ademais, devem ser aplicados tanto em relação à hipótese acusatória, quanto, sucessivamente, à hipótese alternativa defensiva.

Já Susan Haack propõe que a avaliação da qualidade da crença em uma proposição deve seguir três critérios: (i) o grau de suporte das provas em relação à proposição (*supportiveness*); (ii) o grau de segurança independente das provas favoráveis à proposição, independentemente da crença na proposição (*independent security*); (iii) o grau de completude das provas em relação à proposição (*comprehensiveness*)[68].

Tais critérios fornecem um caminho para o *iter* racional a ser percorrido pelo órgão julgador ao valorar a prova. Podem, ademais, ser

---

[66] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, item 3.6.2.5.

[67] Para o autor, a valoração não deve envolver critérios sobre a hipótese, pois a sua comprovação deve ser promovida a partir de elementos externos e diversos dela mesma. No entanto, como o raciocínio probatório é bidirecional e pode transitar tanto no sentido das provas em direção à hipótese (provas-hipótese), quanto no sentido da hipótese em relação à prova (hipótese-provas), parece-nos que tanto as hipóteses quanto as provas podem e devem ser valoradas pelo órgão julgador. Não se ignora que, no direito brasileiro, a valoração da hipótese deve ser realizada antes e independentemente da valoração das provas, já no momento do juízo de admissibilidade da inicial/acusação, quando se avalia se a hipótese é internamente coerente, suficientemente precisa e bem formulada, de modo a viabilizar sua futura confirmação/refutação na instrução em contraditório (CPP, art. 41; CPC, art. 330, § 1º, III). Essa valoração, porém, também pode ser renovada por ocasião da valoração da prova, mediante atividade cognoscitiva exauriente. Nesse sentido, Popper (2004, p. 42-46) destaca que um elevado grau de corroboração depende de que a hipótese seja formulada com o máximo de conteúdo empírico possível, a fim de que tenha maior testabilidade e falseabilidade.

[68] HAACK, 2009, p. 119-132.

aprofundados pela estipulação de subcritérios de valoração. Assim, por exemplo, o exame da *fiabilidade* das fontes e dos meios de prova pode ser guiado por subcritérios como: autenticidade e integridade das fontes (especialmente para provas advindas de fontes reais)[69]; imparcialidade e capacidade do depoente, fatores impeditivos ou dificultantes da percepção, fatores de contaminação voluntária ou involuntária da memória, linearidade, firmeza e coerência interna do relato (especialmente para provas testemunhais)[70]; imparcialidade e formação técnica do *expert*, validade científica da teoria e adequação do método empregado (especialmente para provas periciais)[71].

Os critérios (e eventuais subcritérios) de valoração têm baixo risco de tarifação do raciocínio judicial, já que apenas indicam ao julgador o que ele deve avaliar, sem indicar o conteúdo da valoração de cada critério.

Nesse sentido, a comparação feita por Badaró entre a valoração da prova e a dosimetria da pena é especialmente didática. Na dosimetria da pena, é reconhecida a existência de ampla margem de discricionariedade

---

[69] MENDONÇA, Andrey Borges de. Prova documental no processo penal: aspectos relevantes e controvertidos. *Em*: SALGADO, Daniel de Resende (Org.). *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 430–523; PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova documental - Do documento aos documentos - Do suporte à informação*. Salvador: Juspodivm, 2023. A verificação desses critérios tem correlação com a verificação da documentação da cadeia de custódia, tema tratado em: PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

[70] PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. Salvador: Juspodivm, 2021; KAGUEIAMA, Paula Thieme. *Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras*. São Paulo: Almedina, 2021.

[71] VÁZQUEZ, Carmen. *Prova pericial: da prova científica à prova pericial*. Juspodivm: São Paulo, 2025. ; CURTOTTI NAPPI, Donatella. La pericia. *Em*: GAITO, Alfredo (Org.). *La prova penale*. Torino: UTET, 2008. p. 591–613. ; HERDY, Rachel; DIAS, Juliana Melo. Condenados pela ciência: a confiabilidade das provas periciais. *Em*: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Org.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020. Sobre a validade científica da teoria, relevantes os critérios firmados pela Suprema Corte em Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), que, embora atinentes à admissibilidade, também podem ser usados na fase de valoração: testabilidade da teoria; avaliação por partes; conhecimento da taxa de erro; aceitação geral pela comunidade científica.

judicial, embora a aplicação da pena observe o esquema de cálculo trifásico e os critérios aplicáveis em cada etapa do cálculo dosimétrico. A fixação de critérios a serem valorados pelo juízo em cada etapa do cálculo da pena (circunstâncias judiciais, circunstâncias legais, causas de aumento e diminuição de pena), à semelhança dos critérios de valoração da prova, não tarifa a dosimetria, apenas indica um *iter* a ser percorrido pelo órgão julgador: reduz-se a margem de discricionariedade, mas não se suprime toda a discricionariedade judicial.

A saber, a enumeração de critérios a serem avaliados pelo órgão julgador não pré-determina a conclusão da valoração probatória em cada caso concreto (não tarifa o raciocínio probatório). O conteúdo das provas, da hipótese a provar e das regras inferenciais que justificam a passagem das provas à hipótese deve ser examinado de modo casuístico pelo julgador. Uma norma que fixe critérios de valoração, portanto, fixa *o que* valorar, mas não *como* valorar, tampouco *como decidir*.

Portanto, os critérios de valoração se inserem no esforço de fornecer ao sujeito julgador e às partes "as ferramentas necessárias para que a valoração da prova dependa, na medida do possível, de critérios objetivos e explicáveis, e não de intuições genéricas"[72], sem recorrer ao modelo da prova legal.

### 2.3.2. Diretrizes de valoração probatória

As diretrizes de valoração probatória orientam e norteiam a aplicação dos critérios de valoração probatória diante de hipóteses de incidência específicas. As diretrizes de valoração probatória são, portanto, normas que regulam a interpretação da norma jurídica, ao (i) determinar a sequência ou as condições de aplicação dos critérios de valoração probatória (*diretrizes de procedimento*) ou, ainda, (ii) determinar um sentido preferencial a ser atribuído a dado critério de valoração (*diretrizes de preferência*). Pela classificação de Wróblewski sobre as diretrizes interpretativas, portanto, as diretrizes de valoração probatória são diretrizes de segundo grau, ao passo que os critérios de valoração são diretrizes de primeiro grau.

---

[72] NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 208, tradução livre.

Tais diretrizes, assim como os critérios a que se referem, são aplicáveis no contexto da valoração, e apenas indiretamente impactam no contexto da decisão. No contexto da valoração, por ser especialmente relevante a apuração analítica, exaustiva e pormenorizada das provas produzidas no caso concreto, não é adequada a formulação de *regras* que tarifem e pré-determinem a conclusão do órgão julgador quanto ao valor de uma prova. Ainda que se oriente o órgão julgador quanto à aplicação de determinado critério de valoração em razão de circunstâncias específicas, ainda deve restar discricionariedade para o exame dos demais critérios, além da discricionariedade para a interpretação e a aplicação da própria diretriz valorativa. Por isso, devem ser diretrizes, e não regras de valoração.

No ponto, retomada a analogia entre a valoração da prova e a dosimetria da pena, vale notar que são consolidadas na jurisprudência inúmeras diretrizes de aplicação da pena, as quais visam justamente a orientar e balizar a aplicação dos critérios legais de dosimetria, de modo a estreitar a margem de juízo racional. Exemplificativamente, pode-se mencionar a diretriz de que "elementares do tipo penal ou fundamentos genéricos e inidôneos não podem ser considerados como circunstância judicial desfavorável para majorar a pena-base"[73]. Essa diretriz não suprime a discricionariedade judicial para a valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, mas baliza e norteia o exercício dessa discricionariedade. Ademais, essas diretrizes podem conter conceitos jurídicos indeterminados, cuja interpretação e aplicação devem ser feitas em cada caso pelo órgão julgador (no exemplo, caberá ao órgão julgador avaliar se determinado fato é ou não inerente a determinado tipo penal, tendo em vista o conteúdo do fato e do tipo em exame).

Nessa linha, para orientar o exame dos critérios de valoração, a própria legislação pode positivar diretrizes de valoração probatória. Atualmente, o art. 371 do CPC contempla uma diretriz geral de preferência ao positivar o princípio da comunhão da prova: "[o] juiz apreciará a prova constante dos autos, *independentemente do sujeito que a tiver promovido* [...]". Há ainda diretrizes legais de preferência aplicáveis aos meios de prova em espécie, a exemplo da norma que estipula que "[à] fotografia do

[73] STJ, AgRg no HC n. 788.244/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 18/5/2023.

documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original" (CPP, art. 232, parágrafo único)[74], da que estabelece que o juiz deve atribuir aos depoimentos das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas, prestados sem compromisso, "o valor que possam merecer" (CPC, art. 447, § 5º) e da que determina que "[o] juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito" (CPC, art. 479).

Tais diretrizes também são encontradas na doutrina. Ilustrativamente, ao tratar da prova documental, Andrey Borges de Mendonça delineia as seguintes diretrizes de procedimento:

> Para a valoração do conteúdo da prova documental, o magistrado, de início, deverá considerar o documento de maneira isolada, em si mesmo, para ver se possui coerência e se é crível em si. Deve analisar, ainda, se o seu autor é confiável. Em outras palavras, deve o juiz verificar o valor probatório da própria declaração, ou seja, indagar se o autor da declaração é crível e se a declaração contida é idônea a reproduzir fielmente o fato histórico. Superada esta fase, deverá o magistrado confrontá-lo à luz das demais provas constantes do processo. Portanto, após a análise isolada, apura-se globalmente seu valor.[75]

Já ao tratar da prova testemunhal, Vitor de Paula Ramos propõe a diretriz geral do não presuntivismo (abandono da presunção relativa de veracidade da testemunha)[76]. Nessa linha, Paula Kagueiama estabelece critérios (*quais* aspectos da prova testemunhal devem ser apreciados) e diretrizes de preferência (*como* tais aspectos devem ser valorados):

> [O] juiz, ao examinar a prova testemunhal, não deve tomar a sua credibilidade como garantida, tampouco deve considerar, de antemão, que o seu resultado corresponde, com exatidão, aos fatos ocorridos na realidade. Deve-se adotar a corrente epistemológica

---

[74] No CPC, essa diretriz é aplicável apenas se não houver impugnação à conformidade da reprodução ao documento original (art. 422).

[75] MENDONÇA, 2020, p. 496-497.

[76] PAULA RAMOS, 2021.

> não presuntivista do testemunho, ou seja, encarar a prova testemunhal com desconfiança epistemológica, exigindo, para a sua aceitação, não apenas a ausência de provas em contrário, como também a existência de provas positivas em seu favor.
>
> Para a análise da existência de provas negativas, a pesarem contra a veracidade do depoimento, deve o juiz investigar, na valoração da prova testemunhal, se a testemunha esteve sujeita (ainda que potencialmente), ao longo do processo de formação de sua memória, aos fatores involuntários de contaminação da prova. Cumpre perquirir, assim, com respaldo nos dados obtidos no curso probatório, se a testemunha estava em condições de perceber corretamente a ocorrência do evento, ou seja, se estava, por exemplo, posicionada em distância e ângulos adequados de observação, se os níveis de visibilidade e luminosidade eram bons, se sua atenção era plena ou se ela poderia ter se desviado por alguma razão (e.g. efeito de focalização da arma), e se estava sujeita a elevados níveis de estresse e emoção. Deve-se considerar, igualmente, se o evento testemunhado foi instantâneo ou, ao contrário, se foi repetido ou continuado. Na primeira hipótese, a percepção e a recordação de detalhes tendem a ser piores do que na segunda hipótese, visto que o tempo de exposição ao estímulo é menor e as condições objetivas do ambiente tendem a ser desfavoráveis.[77]

Ao examinar a prova pericial, Carmen Vázquez igualmente apresenta algumas diretrizes da valoração da prova pericial, notadamente: a) exigir e avaliar a "informação empírica sobre a confiabilidade dos dispositivos empregados pelos peritos"; b) "buscar possíveis fontes de erro nas afirmações periciais" e "c) não usar critérios simplesmente numéricos, como a pluralidade coincidente, ou o terceiro em discórdia", sem prejuízo do emprego de "critérios de valoração da qualidade de cada tipo específico de prova pericial, sugeridos e/ou utilizados pelas áreas de conhecimento correspondentes"[78].

Também a jurisprudência pode ser fonte de diretrizes de valoração. Exemplificativamente, é consolidada na jurisprudência atual a diretriz de que "nos crimes sexuais, a palavra da vítima possui especial

---

[77] KAGUEIAMA, 2021, p. 116.

[78] VÁZQUEZ, 2025, p. 406 e 409.

relevo, tendo em vista sobretudo o *modus operandi* empregado na prática desses delitos, cometidos, via de regra, às escondidas"[79]. Essa diretriz (de preferência) baliza a valoração da prova, especialmente no tocante ao critério da quantidade, ao indicar que, nesses casos, a circunstância de a palavra da vítima não vir acompanhada por outras provas diretas do crime não deve por si só rebaixar o valor dessa prova, pois o próprio *modus operandi* do crime inviabiliza, em regra, a obtenção de outras provas diretas. Isso não implica que essa prova deva ter valor absoluto e seja por si só suficiente para demonstrar a hipótese acusatória. Ainda caberá ao órgão julgador examinar os demais critérios de valoração, inclusive a própria fiabilidade da palavra da vítima e a produção de outras provas eventualmente disponíveis no caso (provas indiretas, metaprovas...)[80].

Por interferir sobre o modo de valoração, as diretrizes também inspiram especial cautela. Sobre o ponto, González Lagier alerta quanto à importância de que as tentativas de atribuir maior precisão aos critérios de valoração não sejam excessivas a ponto de engessar o raciocínio probatório:

> O estabelecimento de critérios de valoração da prova pela via jurisprudencial corre o risco de estabelecer um novo sistema de valoração tarifada ou fixada da prova (com os mesmos inconvenientes que o legal) caso se vá além da formulação dos critérios, isto é, especificando-se excessivamente quando uma testemunha deve ser considerada confiável, ou quais máximas de experiência devem ser consideradas fundadas, ou quantas indicações são necessárias para que a prova seja considerada suficiente, etc. Nesse sentido, a imprecisão dos critérios pode ser útil para manter as vantagens do sistema de livre valoração (racional) das provas em relação ao sistema de provas tarifadas. No mínimo, deve-se buscar certo equilíbrio entre essa vagueza e as tentativas de conferir maior precisão aos critérios, já que nesse campo jamais será possível oferecer regras ou critérios cuja aplicação mecânica garanta a verdade

---

[79] STJ, AgRg no AREsp 2.679.183/SC, Rel. Min. Reynaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJEN 13/2/2025.

[80] Para análise qualitativa da jurisprudência, cf. SOUZA, Hellen S.; AYROSA, João Pedro B. o que existe além da palavra da vítima? A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a prova em crimes sexuais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 9, n. 3, p. 1.421-1.450, 2023.

> da conclusão (dito em termos filosóficos: não parece possível uma lógica de descoberta "de maneira dedutiva").[81]

É dizer, as diretrizes devem ser formuladas de modo a apenas balizar e orientar o modo de valorar (o *como* valorar), sem pré-determinar a conclusão da valoração, tampouco a decisão sobre a suficiência da prova, sob pena de convolarem-se em regras de segunda ordem dissimuladas e promoverem a tarifação do raciocínio[82]. Tais diretrizes devem deixar margem de interpretação ao órgão julgador, dadas as inúmeras circunstâncias casuísticas impassíveis de antecipação pelo formulador da norma.

## 3. Exemplos didáticos

Para melhor compreensão das categorias acima sistematizadas, alguns exemplos podem ser especialmente ilustrativos. Em precedentes que tratam de busca domiciliar e pessoal, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça articularam teses que, embora relacionadas, enquadram-se em categorias distintas.

Quanto aos *standards* probatórios, o Código de Processo Penal condiciona a busca domiciliar a "fundadas razões" (CPP, art. 240, § 1º)

---

81 GONZÁLEZ LAGIER, 2022, p. 105.

82 As diretrizes de valoração não se confundem com as diretrizes de justificação, embora sejam base para estas: "Não há dúvida de que a análise do juiz sobre as provas, bem como a sua decisão, devem ser guiadas por critérios racionais. Isso, porém, não elimina a necessidade de o juiz justificá-los. Nesse sentido, há uma brutal diferença entre os critérios de análise probatória e de decisão e os argumentos de justificação. A diferença entre esses critérios e os argumentos de justificação está presente na radical distinção de natureza entre o raciocínio que trabalha com tais critérios e aquele que se vale dos argumentos justificativos. Quando se pensa, por exemplo, na credibilidade de uma prova, ou mesmo em um critério de decisão, realiza-se um raciocínio que se coloca frente a duas opções e deve escolher uma delas, ao passo que, quando se está diante do raciocínio justificativo, não há mais o que escolher, pois é apenas necessário justificar, através de argumentos, os raciocínios que antes foram feitos. É óbvio que a distinção entre essas modalidades de raciocínio não quer dizer que a racionalidade da justificativa não possa ter base na racionalidade dos raciocínios que conduziram à decisão. [...]" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 317-318).

e a busca pessoal a "fundada suspeita" de porte de corpo de delito (CPP, art. 244), o que indica, ainda que de modo impreciso, o grau de probabilidade necessário para considerar um enunciado provado para fins de realização de uma busca[83].

Quanto às regras probatórias de segunda ordem, o Superior Tribunal de Justiça já fixou tese com essa natureza, ao estabelecer que a conduta de "fugir correndo repentinamente ao avistar uma guarnição policial" é, por si só, suficiente para atingir o *standard* exigido para a busca pessoal[84] (regra de suficiência), bem como ao fixar que "meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas)" são insuficientes para atingir esse *standard*[85] (regra de insuficiência).

Quanto aos critérios de valoração, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça indicaram a fiabilidade do depoimento policial como atributo da prova que deve ser especificamente avaliado nos casos de busca[86].

Por fim, quanto às diretrizes de valoração, as mesmas cortes fixaram que a palavra do policial "deve merecer especial escrutínio"[87], o que implica "rechaçar narrativas inverossímeis, incoerentes ou infirmadas por outros elementos dos autos"[88].

Tais precedentes, embora relacionados entre si, normatizam o juízo de fato em contextos diversos, de modo diverso e com intensidade diversa. Ilustram, assim, as diferentes formas pelas quais a legislação e os

---

83 Ao tratar da busca domiciliar, o STF esclareceu que o *standard* aplicável ao ingresso domiciliar sem mandado judicial em razão de flagrante delito de crime permanente é o das fundadas razões, definido como "elementos mínimos [...] que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito" (STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 5.11.2015, DJe 10/5/2016).

84 STJ, HC n. 877.943/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe de 15/5/2024.

85 STJ, RHC n. 158.580/BA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 25/4/2022.

86 STF, RE 603.616/RO e STJ, HC 877.943/MS, supra mencionados.

87 STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 5/11/2015, DJe 10/5/2016.

88 STJ, HC n. 877.943/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe de 15/5/2024.

precedentes podem conferir maior segurança jurídica ao juízo de fato. O êxito dessa empreitada dependerá, porém, do correto manejo das técnicas legislativas e de formação de precedentes, bem como da adequada formulação e aplicação das espécies normativas aplicáveis ao juízo de fato.

## 4. Quadro-síntese

| Espécie normativa | Contexto probatório | Função | Questão | Risco de tarifação | Exemplo |
|---|---|---|---|---|---|
| ***Standard* probatório** | Decisão | Fixação do grau de probabilidade necessário para considerar um enunciado provado | Quando a prova é suficiente? | Baixo | Fundadas razões (CPP, art. 240, § 1º) |
| **Regra de segunda ordem** | Decisão | Determinação da suficiência da prova, em uma situação-tipo, para atingir o *standard* | Essa prova, nessa situação-tipo, atinge o *standard*? | Alto | Tentativa de fuga é suficiente |
| **Critério de valoração** | Valoração | Indicação dos atributos das provas e hipóteses que devem ser valorados | O que valorar? | Baixo | Fiabilidade do depoimento policial |
| **Diretriz de valoração** | Valoração | Orientação sobre como os critérios de valoração devem ser examinados | Como valorar? | Alto | Especial escrutínio do depoimento policial |

## Conclusões

1. A concepção racionalista da prova busca a minimização do risco de erro de fato por meio da adoção de um modelo de livre valoração da prova, caracterizado pela liberdade intelectual do sujeito julgador, a qual não afasta, porém, a sua vinculação a critérios de racionalidade epistêmica

geral. Nesse modelo, a rigor, não há liberdade de convencimento, mas liberdade de raciocínio: o órgão julgador está livre de regras legais que pré-determinem o conteúdo da valoração da prova, mas não das regras do bem pensar, sob pena de a liberdade degenerar-se em arbítrio.

2. Para conferir maior segurança jurídica e isonomia ao juízo de fato, é admissível a fixação de normas que promovam maior racionalidade ao juízo de fato. A opção pela normatização do juízo de fato constitui uma decisão estratégica (decisão de segunda ordem). Conforme a tipologia de Sunstein e Ullmann-Margalit, trata-se de uma estratégia do tipo *high-low*: pressupõe elevado esforço cognitivo inicial para a própria formulação da norma, o qual é compensado pela simplificação e padronização das decisões em casos futuros. A adequação da normatização não deve ser aferida em abstrato, mas em concreto, a partir do sopesamento entre os custos de formulação da norma e os riscos de erro decorrentes de sua eventual sobreaplicação ou subaplicação.

3. Tendo em vista as contribuições jurisprudenciais e doutrinárias já existentes, as normas aplicáveis ao juízo de fato podem ser categorizadas em quatro espécies: (i) *standards* probatórios, (ii) regras probatórias de segunda ordem, (iii) critérios de valoração probatória e (iv) diretrizes de valoração probatória. As duas primeiras são aplicáveis no contexto da decisão e as duas últimas no contexto da valoração.

4. Os *standards* probatórios fixam o grau de probabilidade ou suporte necessário para que um enunciado fático seja considerado provado, o que distribui o risco de erro entre as partes. Trata-se de espécie normativa aplicável no contexto da decisão e que não interfere diretamente sobre a valoração da prova: mantém-se a liberdade do sujeito julgador nesse contexto probatório anterior.

5. As regras probatórias de segunda ordem determinam se o *standard* probatório aplicável deve ser considerado atingido em uma situação-tipo especificada. Por ter maior grau de determinação, tal espécie normativa tem maior risco de sobreaplicação/subaplicação e produção de julgamentos irracionais. Por isso, sua formulação pressupõe alto grau de maturidade epistêmica e estabilidade do entendimento dominante em relação à situação-tipo, bem como inspira cautela redobrada quanto à clara definição da situação-tipo regulada. Ademais, tal regra não fixa um novo *standard* (grau de probabilidade/suporte), mas define se esse

*standard* deve ser considerado atingido em uma situação-tipo. Logo, deve manter estrita compatibilidade com o *standard* a que se refere, sob pena de configurar novo *standard* (dissimulado).

6. Os critérios de valoração indicam aspectos ou atributos da prova que devem ser avaliados pelo órgão julgador, tais como a qualidade, quantidade, diversidade e completude das provas, o fundamento e o grau de probabilidade da regra geral que ampara a inferência probatória e a coerência interna e simplicidade da hipótese. Indicam o que valorar, mas não como valorar, tampouco como decidir.

7. As diretrizes de valoração probatória orientam a aplicação dos critérios de valoração diante de hipóteses de incidência específicas. Devem ser formuladas também com redobrada cautela, a fim de balizar o modo de valorar, mas sem pré-determinar o conteúdo da valoração ou da decisão sobre a suficiência probatória, sob pena de se convolarem em regras de segunda ordem (dissimuladas).

## Referências

ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos "racionalistas" ahora? *Revus [Online]*, v. 39, p. 85-102, 2019. https://doi.org/10.4000/revus.5559

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMODIO, Ennio. Prove legali, legalità probatoria e politica processuale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 17, n. 2, p. 373–376, 1974.

ANDERSON, Terrence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. https://doi.org/10.1017/CBO9780511610585

ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no processo penal*. São Paulo: Juspodivm, 2025.

ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 282, p. 113–139, 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

BENTHAM, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence: Specifically applied to English Practice*. Londres: Hunt and Clarke, 1827. v. 5

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Paris: Bossange Frères, 1825.

BURNIER JÚNIOR, João Penido. *Teoria geral da prova*. São Paulo: Edicamp, 2001.

CARBONELL BELLOLLIO, Flavia. Los errores del juez: presupuestos y tipologías. *Em*: GARCÍA AMADO ET AL, Juan Antonio (Org.). *El error judicial: problemas y regulaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

CASEY, Anthony; NIBLETT, Anthony. The Death of Rules and Standards. *Indiana Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 1401–1447, 2017.

CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. A Comparative View of Standards of Proof. *The American Journal of Comparative Law*, v. 50, n. 2, p. 243–275, 2002.
CURTOTTI NAPPI, Donatella. La pericia. *Em*: GAITO, Alfredo (Org.). *La prova penale*. Torino: UTET, 2008. p. 591–613.

DEI VECCHI, Diego. La importancia de lo que nos preocupa tener por probado. *Em*: Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio. Lima: Zela, 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *De la evidencia y los llamados estándares probatorios* (Apresentação), 2026. https://www.youtube.com/watch?v=_0UzNu1gczk

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre a crise da legalidade penal e das ciências penalísticas* (Apresentação), 2024. Tradução em https://conjur.com.br/2024-dez-02/sobre-a-crise-da-legalidade-penal-e-das-ciencias-penalisticas/

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021b.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: Juspodivm, 2021a.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os fatos no direito: bases argumentativas da prova*. Salvador: Juspodivm, 2022.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, p. 127–139, 2005. https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.10

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y argumentos: racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal – 2. *Jueces para la democracia*, v. 47, p. 35–50, 2003.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Presunción de inocencia, verdad y objetividad. *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, p. 337–376, 2017.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio Facti: ensaios sobre prova, causalidade e ação*. Salvador: Juspodivm, 2024.

HAACK, Susan. *Evidence and inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology*. New York: Prometheus Books, 2009.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HERDY, Rachel; DIAS, Juliana Melo. Condenados pela ciência: a confiabilidade das provas periciais. *Em*: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Org.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre a motivação dos fatos na sentença penal. *Em*: *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 61–119.

KAGUEIAMA, Paula Thieme. *Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras*. São Paulo: Almedina, 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KIRCHER, Luís Felipe. *Standards de prova no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2024.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, n. 353, p. 15–52, 2001.

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LEE, Eunseol. The pursuit of truth and the justification in legal fact-finding: a comparative analysis of Bentham, Laudan, and Damaška. *Quaestio Facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio / International Journal on Evidential Legal Reasoning*, Madrid, n. 10, p. 157–185, 2025. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i10.23152

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Prova documental no processo penal: aspectos relevantes e controvertidos. *Em*: SALGADO, Daniel de Resende (Org.). *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 430–523.

MITIDIERO, Daniel. *Best evidence e ônus da prova: quando uma prova é melhor que a outra?* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2026.

NANCE, Dale A. *The Burdens of Proof: discriminatory power, weight of evidence, and tenacity of belief*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. https://doi.org/10.1017/CBO9781316415771

NIEVA FENOLL, Jordi. La instrucción como falsa "primera instancia" del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo. *Revista Italo-Española de Derecho Procesal*, Madrid, v. 1, p. 39–56, 2019.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

NIEVA-FENOLL, Jordi. Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *Estudios de Derecho*, v. 77, n. 170, p. 117–148, 2020. https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a05

ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

PARDO, Michael S. Second-order proof rules. *Florida Law Review*, v. 61, p. 1083–1113, 2009.

PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova documental - Do documento aos documentos - Do suporte à informação*. Salvador: Juspodivm, 2023.

PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. Salvador: Juspodivm, 2021.

PEIXOTO, Ravi. Critérios para a fixação dos standards probatórios: um diálogo com Jordi Ferrer Beltrán. *Em*: VÁZQUEZ, Carmen; PAULA RAMOS, Vitor de (Org.). *Debatendo com Ferrer: Standards de Prova e Subjetivismo em Xeque*. Londrina: Thoth, 2024. p. 79–90.

PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2021.

POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2004.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

REDMAYNE, Mike. Standards of Proof in Civil Litigation. *The Modern Law Review*, v. 62, n. 2, p. 167–195, 1999.

SCHAUER, Frederick. *A prova: usos da prova no direito, na política e em todo o resto*. Salvador: Juspodivm, 2024a.

SCHAUER, Frederick. *As regras do jogo: uma análise filosófica do processo de tomada de decisão baseado em regras no direito e na vida*. Londrina: Thoth, 2024b.

SCHAUER, Frederick. The convergence of rules and standards. *New Zealand Law Review*, v. 3, p. 303–328, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23–50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, p. 607–630, 2003.

SOUZA, Hellen S.; AYROSA, João Pedro B. o que existe além da palavra da vítima? A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a prova em crimes sexuais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 9, n. 3, p. 1.421-1.450, 2023. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.852

STEIN, Alex. Contra la "prueba libre". *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. 26, n. 2, p. 245–261, 2013.

SULLIVAN, Kathleen M. The justices of rules and standards. *Harvard Law Review*, v. 106, n. 1, p. 22-123, 1992.

SUNSTEIN, Cass R. Problems with rules. *California Law Review*, v. 83, p. 956–1026, 1995.

SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-order decisions. *Ethics*, v. 110, n. 1, p. 5–31, 1999.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. *Em*: TARUFFO, Michele; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; PÉREZ, Alfonso Candau (Org.). *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 1992.

TARUFFO, Michele. Libero convencimento dei giudice. *Em*: Enciclopedia Giuridica Treccani. Roma: Trecani, 1990. v. XVIII.

TARUFFO, Michele. Rethinking the Standards of Proof. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 3, p. 659–677, 2003.

TEODOROVICZ, Jeferson. A Problemática da Tipologia de Princípios e Regras no Ordenamento Jurídico Positivo. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 1, p. 1–31, 2007.

TOULMIN, Stephen E. *The Uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

TWINING, William. Evidence and legal theory. *The Modern Law Review*, v. 47, n. 3, p. 261–283, 1984.

TWINING, William. *Rethinking evidence: exploratory essays*. Oxford: Basil Blackwell, 1990.

UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè, 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, 2020. https://doi.org/10.1590/2317-6172201961

VÁZQUEZ, Carmen. *Prova pericial: da prova científica à prova pericial*. São Paulo: Juspodivm, 2025.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. O raciocínio probatório no sistema de precedentes: juízo de fato em teses? *Em*: GUEDES, Clarissa Diniz *et al* (Org.). *Direito Probatório: estudos em homenagem ao professor Gustavo Badaró*. Londrina: Thoth, 2025. v. IV, p. 529–552.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Justification of legal decisions. *Revue Internationale de Philosophie*, v. 33, n. 127/128, p. 277–293, 1979.

## Authorship information

*Gisela Aguiar Wanderley*. Doutoranda em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Bases del Razonamiento Probatorio pela Universitat de Girona (UdG). Graduada em Direito pela UnB. Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Ex-Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Ex-Juíza auxiliar temporária no Superior

Tribunal de Justiça (STJ). Professora Assistente na Escola Paulista da Magistratura (EPM). gisela.aguiarw@gmail.com

**Additional information and author's declarations (scientific integrity)**

*Conflict of interest declaration:* the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

*Declaration of authorship:* all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; the author is fully responsible for this work in its entirety.

*Declaration of originality:* the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

*Data Availability Statement:* In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

*AI Statement:* The author declares that she is aware that the use of artificial intelligence must not supplant the human originality of the research, and that full responsibility for any errors or plagiarism rests entirely with the author. The author states that AI was used in the final stage of this research, for language editing and summary-chart generation, with the suggested terms and categories being modified by the author.

**Editorial process dates** (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 20/07/2026
- Desk review and plagiarism check: 03/08/2026
- Review 1: 17/08/2026
- Review 2: 23/08/2026
- Review 3: 24/08/2026
- Preliminary editorial decision: 31/08/2026
- Correction round return: 20/09/2026
- Final editorial decision: 21/09/2026

**Editorial team**

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (RB e FC)
- Reviewers: 3

**How to cite (ABNT Brazil):**

WANDERLEY, Gisela Aguiar. O raciocínio probatório entre a prova livre e a prova legal: um modelo de normatização do juízo de fato por standards, regras de segunda ordem, critérios e diretrizes. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 12, n. 3, e1589, set./dez. 2026. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v12i3.1589

*License Creative Commons Attribution 4.0 International.*